

§ 7 Ergebnisse und Fazit

Die Digitalisierung wirft hinsichtlich der Anwendbarkeit und Adäquanz der Regelungen der Handwerksordnung in erster Linie Fragestellungen auf, die auch unabhängig davon bereits Gegenstand von Kritik und Kontroversen waren. Allen voran wird die altbekannte Frage der Abgrenzung von Handwerk und Industrie vor neue Herausforderungen gestellt. Mit der „Handwerksmäßigkeit“ bzw. „Handwerksähnlichkeit“ in §§ 1 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 1, 18 Abs. 2 S. 2 HwO ist als Abgrenzungsmoment ein unbestimmter Rechtsbegriff gewählt worden, der nicht nur hinsichtlich der zu seiner Feststellung heranzuziehenden Indizien, sondern auch hinsichtlich des Gegenstücks, von dem abzugrenzen ist, offen ist, indem er gerade positiv eine Eigenschaft von Handwerksbetrieben hervorhebt und nicht negativ Elemente des Industriebetriebs umfasst. Nach den bisherigen Auslegungsgrundsätzen kommt beim Aufgeben eines Restverbleibs an Handarbeit die Handwerksmäßigkeit des Betreibens nicht in Betracht. Noch ist ein solches Element manueller Arbeit in fast allen Fällen gegeben, selbst wenn die Möglichkeiten der Digitaltechnik im Betrieb umfassend genutzt werden. Mit dem weiteren technologischen Fortschritt kann sich dies ändern. Allerdings werden auch in der Industrie zunehmend Indizien erfüllt, die bisher dem Handwerk vorbehalten waren, wie etwa die Individualisierung von Produkten. Infolge der Digitalisierung lässt sich eine Annäherung von Handwerk und Industrie von beiden Seiten beobachten. Auch in nicht produzierenden Handwerksberufen gibt es immer mehr Möglichkeiten des Maschineneinsatzes, sodass die Abgrenzung des Handwerks vom Nichthandwerk auch in nicht produzierenden Berufen immer häufiger relevant wird. In sachlicher Hinsicht müssen angesichts dieses Zusammenwachsens der eingesetzten Arbeitsmittel die bisher verwendeten Indizien irgendwann versagen. Schon jetzt aber sind die bisher gängigen Auslegungsgrundsätze nicht dazu geeignet, das mit der Zulassungspflicht für den Betrieb zulassungspflichtiger Handwerke im stehenden Gewerbe seit der Handwerksrechtsnovelle 2004 ausdrücklich verfolgte Ziel der Eindämmung von Gefahren für Leib und Leben Dritter sachgerecht abzubilden.

Um im Wandel von Lebenssachverhalten und Zielsetzung der Zulassungspflicht gleichermaßen bestehen zu können, muss eine Neuausrichtung der Auslegung der Handwerksmäßigkeit erfolgen. Der Wortlaut

„handwerksmäßig“ weist darauf hin, dass eine Neuauslegung dem Wesen des Handwerks entsprechen muss. In der Literatur werden viele Wesenselemente des Handwerks diskutiert. In Anlehnung an den gestalterischen Charakter des Handwerks und die zu beobachtende Verlagerung des Schwerpunkts von bei der Berufsausübung verwendeten Fertigkeiten hin zu den verwendeten Kenntnissen nachzeichnend, wird die enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung als Wesenselement des Handwerk herausgearbeitet. Bei diesem Wesenselement handelt es sich um ein Alleinstellungsmerkmal des Handwerks innerhalb der Gruppe der handwerksfähigen Gewerbebetriebe, sodass es grundsätzlich als Abgrenzungsmoment vom Nichthandwerk in Betracht kommt. Die enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung beschreibt die Art und Weise der Anwendung der berufsspezifischen Kenntnisse. Damit wird auf das hinter der traditionellen Handwerksarbeit stehende Prinzip abgestellt. Die enge Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung kann aber nicht nur gegeben sein, wenn im Betrieb zumindest teilweise auch manuelle Fertigkeiten eingesetzt werden. Die Innovationen der Digitaltechnik ermöglichen mittlerweile – anders als vor der Digitalisierung – eine solche Art der Kenntnisanwendung auch bei umfassendem Maschineneinsatz. Mit dem Abstellen auf das hinter der traditionellen Handwerksarbeit stehende Prinzip können auch neue Ausdrucksformen desselben Grundprinzips erfasst werden. Die Art und Weise der Anwendung schlägt sich naturgemäß nieder in den betrieblichen Strukturen. Auch die bisherigen Indizien beschreiben die betrieblichen Strukturen eines Betriebs, indem die enge Verknüpfung von Konzeption und Umsetzung die Arbeitsweise prägt. Es zeigt sich so die Nähe beider Ansätze. Selbst das Indiz des nur geringen Einsatzes von Technik, welches im Mittelpunkt der Kritik des bisherigen Verständnisses der Handwerksmäßigkeit stand, kann auf das Vorliegen der engen Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung hinweisen. Dabei muss aber der reine Indizcharakter berücksichtigt werden und an der Grenze eines Restverbleibs an Handarbeit kann nicht festgehalten werden.

Versteht man die Handwerksmäßigkeit im vorgeschlagenen Sinne, so kann anhand dieses Kriteriums auch der Anwendungsbereich der Handwerksordnung zielgerecht eingegrenzt werden. Die vor allem mit der Gefahrenabwehr begründete Zulassungspflicht bei der Ausübung wesentlicher Tätigkeiten von Berufen der Anlage A gilt nur bei handwerksmäßiger Betriebsweise, nicht bei nichthandwerksmäßiger. Das zeigt, dass gerade aus dieser Betriebsweise höhere Gefahren für Leben und Gesundheit Dritt-

§ 7 Ergebnisse und Fazit

ter erwachsen. Wenn einige bzw. der Großteil der Berufe der Anlage A als „gefährgeneigte Berufe“ bezeichnet werden, kann daraus geschlossen werden, dass bei der handwerksmäßigen Betriebsweise ein höheres Potential der Realisierung der berufsinhärenen Gefahren besteht. Gerade in der engen Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung ist eben dieses höhere Gefahrenrealisierungspotential des Handwerks angelegt, dem mit der Zulassungspflicht beigekommen werden soll. Eine Abgrenzung anhand der Handwerksmäßigkeit im Sinne der engen Verknüpfung von theoretischer Konzeption und praktischer Umsetzung kann auch das Ziel des Schutzes materieller Kulturgüter sachgerecht abbilden und fördert auch die Ausbildungsleistung. Das Ziel des immateriellen Kulturgüterschutzes, also der Weitergabe traditioneller Handwerkstechniken, kann durch die vorgeschlagene Auslegung, die kein manuelles Element fordert, hingegen nicht abgebildet werden. Zur Abbildung dieses Ziels ist aber auch die Differenzierung anhand der Handwerksmäßigkeit nach den bisherigen Auslegungsgrundsätzen zu weit gefasst. Bisher sind in der Anlage A allerdings ohnehin keine Berufe enthalten, für deren Aufnahme in die Anlage A allein der immaterielle Kulturgüterschutz ausschlaggebend war. Sollte dies künftig für bestimmte Gewerbe der Fall sein und soll für diese daher nur die traditionelle Handwerksausübung von der Zulassungspflicht umfasst sein, so könnte diese Beschränkung erreicht werden, indem der Nennung des betroffenen Berufs in der Anlage A die Bezeichnung „traditionelles“ vorangestellt wird. Die Handwerksmäßigkeit im vorgeschlagenen Sinne kann also beschreiben, für welche Gewerbebetriebe, die wesentlichen Tätigkeiten der Anlage A ausüben, die Zulassungspflicht gelten soll, damit die Ziele der Zulassungspflicht auch angesichts geänderter Lebenssachverhalte gefördert werden können. Die Differenzierung anhand dieses Kriteriums ist auch dazu geeignet, das Ziel der sachenahen Betreuung für in ihrer Arbeitsweise vergleichbare Betriebe in Handwerksberufen und Berufen des handwerksähnlichen Gewerbes durch die Handwerkskammern zu fördern.

Die vorgeschlagene Neuausrichtung der Auslegung der Handwerksmäßigkeit bietet also eine auch die veränderten Lebenssachverhalte sachgerecht erfassende und auch angesichts der veränderten Zielsetzung der Handwerksordnung zielgerechte Begrenzung des Anwendungsbereichs der Handwerksordnung. Diese Herausforderung durch die Digitalisierung kann die Handwerksordnung also mit dem bestehenden Rechtsrahmen ohne Änderung *de lege ferenda* meistern.

Ein weiteres Problemfeld betrifft die Einordnung in die Kategorien des stehenden und des Reisegewerbes bei der Einwerbung von Aufträgen über

ganz konkrete handwerkliche Leistungen über die Systemsteuerungsmodule IoT-fähiger Geräte. Diese findet ohne eine konkret darauf gerichtete vorhergehende Bestellung des Kunden statt. Für die Frage, ob auch außerhalb einer möglicherweise vorhandenen Niederlassung agiert wird, ist angesichts der Zielsetzung der Gewerbeordnung auf die Kundenperspektive abzustellen. Aus Kundenperspektive findet die Kontaktaufnahme über das Internet immer außerhalb der gewerblichen Niederlassung des Gewerbetreibenden statt. Mangels sofortiger Leistungsbereitschaft liegt kein Anbieten von Leistungen im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 GewO vor. Es ist aber ein Fall des Aufsuchens von Bestellungen auf Leistungen im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO gegeben, der nach herrschender Meinung auch die spätere Leistungserbringung noch umfasst. Wird dem Kunden über das Systemsteuerungsmodul eines über das Internet der Dinge vernetzten Gerätes bereits eine konkrete handwerkliche Leistung wie die Reparatur angeboten und führt dies zu einer Auftragserteilung, so sind also alle Elemente des Reisegewerbes im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 5 GewO dem Wortlaut nach erfüllt.

An der Adäquanz der Einordnung der Auftragsakquise mittels eines auf den Einzelfall zugeschnittenen digital übermittelten Angebots über die Ausführung konkreter handwerklicher Leistungen als Reisegewerbe bestehen allerdings Bedenken. Zunächst sind die §§ 55 ff. GewO ihrem Sinn und Zweck nach nicht einschlägig. Sie sollen gerade vor der kumulativen Gefahr der Überrumpelung des Kunden durch den Reisegewerbetreibenden und dessen anschließender Verflüchtigung schützen. In der untersuchten Situation ist die Intensität der Überrumpelungsgefahr zwar vergleichbar mit derjenigen der klassischen Reisegewerbesituation. Die Gefahr der Anbieterverflüchtigung ist aber nicht höher als bei anderen Internetgeschäften. Ihr will der Gesetzgeber mit den Regelungen des Telemediengesetzes beikommen. Der Überrumpelungsschutz vermag angesichts der bereits bestehenden zivilrechtlichen Schutzmechanismen für sich genommen den mit der Reisegewerbekartenpflicht verbundenen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigen. Auch die Ungleichbehandlung zum stehenden Gewerbe ist für diese Fälle nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

Daneben bestehen spätestens seit dem Wandel der Zielsetzung der Handwerksordnung grundsätzliche Bedenken an der Beschränkung des Anwendungsbereichs der Handwerksordnung auf das stehende Gewerbe, denn die Modalitäten der Auftragseinwerbung sind vollkommen irrelevant für das der handwerksmäßigen Ausübung gefahrgeneigter Tätigkeiten inhärente Gefahrenrealisierungspotential sowie für die Förderung des ma-

§ 7 Ergebnisse und Fazit

teriellen oder immateriellen Kulturgüterschutzes und die Ausbildungsleistung. Angesichts der noch bestehenden Unterschiede in den Betriebsstrukturen von Reise- und stehendem Gewerbe ist allerdings schon das Vorliegen wesentlich gleicher Vergleichsgruppen fraglich, jedenfalls kann aber in den unterschiedlichen Auftragsstrukturen derzeit noch ein sachlicher Differenzierungsgrund gesehen werden. Ordnet man aber die untersuchte Fallkonstellation des Angebots einer konkreten Leistung über das Systemsteuerungsmodul einer IoT-fähigen Sache als Reisegewerbe ein, so sind für diese Fälle die Auftragsstrukturen vergleichbar mit denen im Fall eines sonstigen Vertragsschlusses im Internet. Infolge dessen können sich auch die betrieblichen Strukturen von stehendem und Reisegewerbe annähern. Mit zunehmender Nutzung dieser Form der Auftragsakquise durch Reisegewerbetreibende wird die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung durch eine typisierende Betrachtung an Überzeugung verlieren und schließlich künftig eine andere verfassungsrechtliche Bewertung erfordern.

Da die Einordnung als Reisegewerbe bei dieser Form der Auftragsakquise allerdings bereits jetzt für alle Gewerbe verfassungswidrig ist, muss auch die Gewerbeordnung der Ansatzpunkt zum Ausräumen der Bedenken sein. Die Verfassungsmäßigkeit lässt sich im Wege der teleologischen Reduktion des § 55 Abs. 1 GewO auf solche Fälle, in denen beide Parteien körperlich anwesend sind, herstellen. Dann sind auch alle handwerklichen Leistungen, die zur Erfüllung eines über das Steuerungsmodul eines IoT-fähigen Geräts eingeworbenen Auftrags erbracht werden, dem stehenden Gewerbe zuzuordnen, sodass sich die Handwerksausübung zur Erfüllung eines daraufhin zustande gekommenen Vertrags nach den Regelungen der Handwerksordnung zu richten hat.

Plattformen zur Vermittlung von Handwerksbetrieben oder handwerklichen Leistungen nehmen in unterschiedlichem Maße Einfluss auf die handwerklichen Tätigkeiten schließlich ausführenden Einheiten. Wer in einem solchen Gefüge als Adressat der Handwerksordnung in Betracht kommt und in welchen Fällen die Handwerksordnung tatsächlich zur Anwendung kommt, ist daher nicht immer offensichtlich. Entscheidend zum Feststellen des potentiellen Adressaten ist die Erkenntnis, dass die Handwerksordnung auf den Handwerksbetrieb im Sinne einer funktionalen Einheit anknüpft. Die Handwerksordnung differenziert zwischen verschiedenen Betriebsformen und nicht auf alle findet sie Anwendung.

Die Inhaber von ausführenden Einheiten, die über Werbe-, „Onlineshop“- oder „Partnervermittler“-Plattformen sowie „Infrastruktur-Anbieter“ vermittelt werden, üben ihre Tätigkeiten selbstständig im stehenden Gewerbe aus. Auch der Betrieb ausführender Einheiten, die über „Fran-

chiser“-Plattformen vermittelt werden, ist nach der Zielsetzung des Gewerberechts als selbstständig einzuordnen und die Gewerbeeigenschaft somit zu bejahen. Werden diese Einheiten handwerksmäßig betrieben und handwerksfähige Tätigkeiten ausgeübt, so handelt es sich um Handwerksbetriebe bzw. Betriebe eines handwerksähnlichen Gewerbes. Für die Plattformen selbst fehlt es jeweils an der Handwerksfähigkeit. Insbesondere können auch „Franchiser“-Plattformen mangels Einflussnahme oder Überwachung der Ausübung der berufsspezifischen Tätigkeiten durch die ausführenden Handwerksbetriebe nicht einem Handwerksgewerbe zugeordnet werden.

Schwieriger ist die Feststellung des für die Anwendbarkeit der Handwerksordnung maßgeblichen Betriebs in den Fällen, in denen ein Gewerbetreibender Inhaber sowohl der Plattform als auch der ausführenden Einheiten ist. Für die Einordnung können die Parameter des Nebenbetriebsbegriffs herangezogen werden, die die Abgrenzung von untrennbar verschmolzenen Einheiten einerseits und unverbundenen Betrieben andererseits ermöglichen.

Allerdings kommen als verbundenes Unternehmen für einen Nebenbetrieb nur solche Plattformen in Betracht, die neben der Vermittlung an ausführende Einheiten in der Hand desselben Inhabers auch andere Zwecke, wie etwa die Vermittlung von Aufträgen an externe Handwerksbetriebe oder den Vertrieb von Produkten, verfolgen, denn andernfalls ist die Plattform kein gegenüber den ausführenden Einheiten separates Unternehmen. Die Verbundenheit der Einheiten mit der Plattform bei gleichzeitiger Eigenständigkeit ist in der Regel gegeben. Eine untergeordnete Stellung des Nebenbetriebs hinsichtlich seiner Wirtschaftskraft oder seiner Zwecksetzung ist nicht zu fordern. Sind ausführende Einheiten einer Plattform zugeordnet, die neben der Vermittlung eigener ausführender Einheiten auch andere Zwecke verfolgt, so handelt es sich bei ihnen also normalerweise um Nebenbetriebe der Plattform.

Auch wenn der Inhaber der Plattform gleichzeitig auch der Inhaber der einzelnen ausführenden Einheiten ist, sind diese ausführenden Einheiten selbst also die maßgeblichen Betriebe für die Anwendbarkeit der Handwerksordnung. Die strukturelle Verknüpfung kann sich aber darauf auswirken, ob die Handwerksordnung tatsächlich zur Anwendung kommt, denn nicht für alle Nebenbetriebe ist die Anwendbarkeit der Handwerksordnung vorgesehen. Für Nebenbetriebe, die zwar wesentliche Tätigkeiten der Anlage A handwerksmäßig ausüben, gilt die Handwerksordnung gem. §§ 2 Nr. 2, Nr. 3 i.V.m. 3 Abs. 1 HwO nicht, wenn sie in nur unerheblichem Umfang im Sinne von § 3 Abs. 2 HwO betrieben werden oder als

§ 7 Ergebnisse und Fazit

Hilfsbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 3 HwO einzuordnen sind. Praktisch wird dies auf viele ausführende Einheiten von Plattformen zutreffen. Nach herrschender Meinung ist das Fehlen eines Verweises auf die Nebenbetriebsvorschriften für das zulassungspflichtige Handwerk im Abschnitt über zulassungsfreie Handwerke und handwerksähnliche Gewerbe so zu verstehen, dass Nebenbetriebe dieser Gewerbe immer vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung ausgenommen sind.

Das grundsätzliche Anknüpfen der Anwendbarkeit der Handwerksordnung ist sach- und zielgerecht. Die Inhalte der Handwerksordnung sind auch adäquat für in Plattformmodelle eingebundene Handwerksbetriebe. Die Ausnahme solcher ausführender Einheiten, die Nebenbetriebe außerhalb der von § 3 Abs. 1 HwO umfassten Kategorie der handwerklichen Nebenbetriebe darstellen, vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung ist aber mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar. Für Nebenbetriebe im weiteren, auch Hilfsbetriebe umfassenden Sinn, in denen wesentliche Tätigkeiten von Berufen der Anlage A ausgeübt werden, ist dies eine Folge der seit 2004 verfolgten neuen Zielsetzung der Eintragungspflicht. Eine Ausräumung der Ungleichbehandlung kann nur *de lege ferenda* erfolgen. Angesichts der Ziele der Eintragungspflicht für das zulassungspflichtige Handwerk hat sie durch Aufnahme in den Anwendungsbereich der Handwerksordnung bzw. Aufheben der Ausnahmeregelung zu erfolgen. Für Nebenbetriebe, in denen Gewerben der Anlage B nachgegangen wird, wird die Ungleichbehandlung mit dem Aufkommen von Portalmodellen, deren ausführende Einheiten in der Hand desselben Inhabers verschiedene Gewerbe ausüben, deutlich sichtbar, wenn Nebenbetriebe des zulassungspflichtigen Handwerks – sofern sie weder unerheblich noch ein Hilfsbetrieb sind – dem Handwerk zuzuordnen sind, gleich ausgestaltete Nebenbetriebe in Gewerben der Anlage B hingegen nicht. Die Einbeziehung dieser Nebenbetriebe wäre grundsätzlich auch durch ein anderes Verständnis des Fehlens eines Verweises auf §§ 2, 3 HwO zu bewerkstelligen, denn bei Nebenbetrieben handelt es sich um eine Unterform von Betrieben, sodass viel dafür spricht, in Ermangelung von Spezialvorschriften auch für Nebenbetriebe in Gewerben der Anlage B die §§ 18 ff. HwO anzuwenden. Angesichts der gegenteiligen herrschenden Auffassung wäre aber auch hier ein Tätigwerden des Gesetzgebers wünschenswert.

Insgesamt macht der Kontext der Digitalisierung deutlich, dass Bedürfnisse der Praxis die Auslegung und Änderungen der Handwerksordnung stark beeinflusst haben und so ein nicht immer schlüssiges Zuordnungssystem entstanden ist. Insbesondere der Wandel in der Zielsetzung der

Eintragungspflicht für das zulassungspflichtige Handwerk wurde nicht konsequent umgesetzt.

Mit der Wahl des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Handwerksmäßigkeit“ als Element des Handwerksbetriebs wurde aber ein ausreichend wandelbarer Definitionsansatz verfolgt, um trotz der gravierenden Veränderung von Arbeitsmitteln und -prozessen, aber auch der Zielsetzung der Handwerksordnung durch Anpassung der Auslegung auch künftig eine adäquate Zuordnung zum Handwerk vornehmen zu können. Die Abgrenzung von stehendem und Reisegewerbe ist auch bei neuen internetbasierten Formen der Vertragsanbahnung besonders brisant bei der Ausübung von Handwerkstätigkeiten. Die aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Bedenken an der Zuordnung zum Reisegewerbe bei der Auftragsakquise mittels individuellen Angebots über das Internet der Dinge bestehen hier aber für alle Gewerbe und können durch teleologische Reduktion des Tatbestands aufgefangen werden. Der funktionale Betriebsbegriff als Anknüpfungspunkt der Handwerksordnung erweist sich als Schlüssel zur handwerksrechtlichen Erfassung von Plattformstrukturen. *De lege ferenda* ist hier aber die Nachbesserung bezüglich der Nebenbetriebsregelungen gefragt. Auch die Ausnahme bestimmter Nebenbetriebe vom Anwendungsbereich der Handwerksordnung ist nicht erst durch das Aufkommen neuer Geschäftsmodelle durch die Digitalisierung problematisch geworden – die Unstimmigkeiten sind durch das gemeinsame Vorkommen mit von der Handwerksordnung erfassten Nebenbetrieben innerhalb derselben Plattformstruktur aber sichtbarer geworden.

Insgesamt zeigt sich bei genauer Untersuchung, dass die Handwerksordnung in ihrer Grundkonzeption bei unvoreingenommener, den verfassungsrechtlichen Orientierungsvorgaben folgender Herangehensweise auch die durch die Digitalisierung geänderten Lebenssachverhalte sinnvoll und zielgerecht erfassen kann. Gefragt ist vor allem eine zukunftsgewandte Auslegung. Gesetzesänderungen sind nur punktuell vorzunehmen. Mit wenigen Anpassungen durch den Gesetzgeber ist die Handwerksordnung also auch für die Zukunft bestens gerüstet.

